

Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública 2Ed

Autor(a): André Saddy

Publicado em: s.d.

Publicação: professor_upload

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/limites-a-tomada-de-decisao-e-controle-judicial-da-administracao-publica-2ed>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/limites-a-tomada-de-decisao-e-controle-judicial-da-administracao-publica-2ed#ep-77db5eb0

Texto integral

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo”, pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência, pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (UFF) Fundador e Diretor-presidente do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) Sócio-fundador do escritório Saddy Advogados Membro da Metholus Consultoria Jurídica Internacional Editora Lumen Juris Rio de Janeiro 2018 Copyright © 2018 by André Saddy Categoria: Direito Administrativo Produção Editorial Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. Diagramação: Alex Sandro Nunes de Souza A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA. não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra por seu Autor. É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98). Todos os direitos desta edição reservados à Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. Impresso no Brasil Printed in Brazil CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE SA124I Saddy, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública / André Saddy. – 2. ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018. 344 p. ; 23 cm. Bibliografia : p. 279-305. Possui índice remissivo. ISBN 978-85-519-0834-1 1. Direito Administrativo. 2. Administração Pública. 3. Tomada de Decisão. 4. Controle Judicial. I. Título. CDD 342 Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927 A meus irmãos, Raphael Saddy e Felipe Saddy Agradecimentos O presente trabalho é a parte final da minha tese doutoral denominada “O conceito de apreciatividade no direito administrativo (analogias e diferenças com a discricionariedade administrativa)”, realizada com o apoio da Becas Complutense Predoctorales en España e sob a direção dos professores doutores Alberto Ruiz Ojeda, Juan Ignacio Grande Aranda e Fernando González Botija. Agradeço aqui a todos meus orientadores pelo apoio incondicional na etapa final do meu doutorado e ao governo espanhol, em especial, ao reitor da Universidad Complutense de Madrid, pela bolsa de ensino concedida. A tese foi defendida em dezembro de 2011, no programa de doutorado “Problemas actuales de Derecho Administrativo” da Faculdade de Direito da Universidad Complutense de Madrid, e qualificada como “Sobresaliente cum

laude”, pela banca composta pelos Profs. Drs. José Eugenio Soriano García (presidente), Fernando Sainz Moreno, Blanca Lozano Cutanda, Alejandro Huergo Lora e por Diogo Lei te Campos, todos catedráticos, além de ter recebido menção de “Doutor europeu”. Também devo prestar aqui homenagem aos meus primeiros orientadores, os Profs. Drs. Fernando Sainz Moreno e Tomás Cano Campos. Sempre dispostos a ajudar e aceitando minhas opiniões até que questões burocráticas lhes impediram de continuar exercendo essa função de maneira formal. Ao Prof. Dr. Denis J. Galligan por aceitar me supervisionar por dois períodos de “estancia breve”, na University of Oxford, e por me incentivar a desenvolver o tema central da tese. A meus companheiros de doutorado e, em especial, aos sócios da Metholus Consultoria Jurídica Internacional, pela oportunidade de ajudar a transformar a ciência jurídica em algo melhor. A todos meus amigos que, do Brasil, apoiaram-me e a minha família que sempre esteve próxima, mesmo nos momentos de maior dificuldade. A Mario Adalberto Drummond e Victor Costa Rodrigues pela ajuda na tradução da tese doutoral do espanhol para o português. Agradeço a esse último, especialmente, por acreditar no projeto do escritório Saddy Advogados. À Grissia Ribeiro Venâncio, mulher da minha vida, mãe dos meus filhos, pelo amor e carinho no trato diário. A minha filha, o bem mais precioso que tenho, Nicole Ribeiro Saddy, por ser responsável, com seu nascimento, pelo momento mais fantástico e emocionante da minha vida; e a meu enteado, João Ribeiro Masset, por me permitir ser seu pai de coração. A. Saddy MMXVIII, Abril, Rio de Janeiro, Brasil andresaddy@yahoo.com.br

Agradecimentos.....	VII	Abreviaturas e siglas	
.....	XIII	Prefácio	da 1ª
edição.....	XV		
Introdução.....	1	Capítulo I - Limites e	
redução das subjetividades ou autonomias públicas.....	7	1.1 Limites quanto às distintas formas de	
subjetividades ou autonomias públicas.....	7	1.2	
As razões da limitação das subjetividades ou autonomias públicas.....	13	1.3 Parâmetros existentes	
para limitar o atuar administrativo	19	1.4 Diferença de limites entre a discricionariedade	
e a apreciatividade administrativa.....	21	1.4.1 Limites à	
discricionariedade.....	22	1.4.1.1 Limites da conveniência	
(objeto).....	23	1.4.1.2 Limites da oportunidade	
(motivo).....	24	1.4.1.3 Limites da propositividade	
(finalidade).....	26	1.4.1.4 Limites da comodidade	
(forma).....	27	1.4.1.5 Limites da alternatividade	
(competência).....	27	1.4.2 Limites à	
apreciatividade.....	28	1.5 Deveres a serem observados no	
atuar administrativo	38	1.5.1 Dever de observância aos interesses públicos, à boa	
administração, à eficiência e ao resultado.....	40	1.5.1.1 Dever de	
observância à legalidade.....	50	1.5.1.2 Dever de observância da	
legitimidade.....	53	1.5.1.3 Dever de observar a	
licitude.....	55	1.5.2 Dever de observância dos direitos	
humanos.....	58	1.5.3 Dever de observância a orientações	
políticas.....	60	1.5.4 Dever de observância das normas intrapessoais internas	
(diretrizes).....	63	1.5.5 Dever de observância dos manuais administrativos.....	69
Dever de observância à autoridade administrativa hierárquica		1.5.6	
superior.....	70	1.5.7 Dever de observância dos	
códigos de conduta e ética ou deontologia da			

função.....	75	1.5.8 Dever de observância das	
orientações transmutadas nas capacitações e treinamento de pessoal			
.....	76	1.5.9 Dever de observância aos ensinamentos da escola de	
formação de pessoal.....	77	1.5.10 Dever de	
observância dos costumes; das práxis, das práticas e dos usos administrativos; e dos precedentes			
administrativos.....	79	1.5.10.1 A lex artis e a malpraxis.....	
85		1.5.11 Dever de observância dos informes ou relatórios.....	86
1.5.12 Dever de			
observância das promessas.....	87	1.5.13 Dever de observância à sua	
própria intuição, experiência e lógica.....	91	1.5.14 Dever de observância da jurisprudência e da	
doutrina.....	93	1.5.15 Dever de observância dos acordos, contratos e convênios	
administrativos.....	94	1.5.16 Dever de observância dos	
princípios jurídicos.....	96	1.5.16.1 Princípios jurídicos	
fundamentais.....	102	1.5.16.2 Princípios jurídicos	
gerais.....	105	1.5.16.3 Princípios gerais do Direito	
Público.....	113	1.5.16.4 Princípios gerais do direito	
administrativo.....	120	1.5.16.5 Princípios setoriais do direito	
administrativo.....	135	1.5.17 Dever de observância ao direito internacional público geral	
ou comum	136	1.5.18 Dever de observância	
ao direito comunitário.....	137	1.5.19 Dever de observância do direito internacional	
convencional.....	138	1.5.20 Dever de observância do Direito proveniente de organizações	
internacionais	139	1.6 Tipos de limites relacionados com	
as subjetividades ou autonomias públicas.....	140		
1.6.1 Heterolimitação e autolimitação.....	141	1.6.1.1 Divergências em	
torno da autovinculação administrativa	145	1.6.2 Limites externos e limites	
internos.....	150	1.6.3 Limites permanentes e limites pontuais	
.....	152	1.6.4 Limites negativos e limites positivos.....	
152		1.6.5 Limites subjetivos, objetivos, temporais e especiais.....	154
1.6.5 Limites subjetivos, objetivos, temporais e especiais.....	154	1.7 Atrofia, míngua	
ou redução da discricionariedade e da apreciatividade			
administrativa.....	155	Capítulo II – Técnicas de contenção e	
controle administrativo e judicial das subjetividades ou autonomias públicas	161		
2.1 Distintos tipos de controle da Administração Pública.....	161	2.2 Técnicas de controle	
das subjetividades ou autonomias públicas.....	172	2.2.1 Controle dos elementos	
vinculados.....	177	2.2.1.1 Controle dos vícios de ordem pública	
(competência e procedimento).....	179	2.2.1.2	
Desvio de poder (fim).....	180	2.2.1.3 Controle dos vícios de	
forma (forma).....	182	2.2.1.4 Controle da legalidade material	
(conteúdo).....	183	2.2.1.5 Motivos ou fatos determinantes	
(motivo).....	183	2.2.1.6 Recours pour excès de	
pouvoir.....	186	2.2.2 Erro manifesto na	
apreciação.....	187	2.2.3 Técnica custos-vantagens (technique du	
bilan coûts-avantages).....	188	2.2.4 Conceitos jurídicos	
indeterminados.....	190	2.2.4.1 Controle judicial da discricionariedade	
técnica.....	193	2.2.5 Princípios gerais do Direito.....	
198		2.2.6 Teste de racionalidade e teste de razoabilidade.....	200
2.2.7 Hard			
Look.....	206	2.2.8 Outras técnicas de	

controle.....	207
de contenção (técnica do esgotamento).....	209
Controle da discricionariedade.....	214
apreciatividade.....	219
e a apreciatividade.....	222
2.6.1 Constatação do caráter de competência, organizacional e procedimental.....	224
2.6.2 Verificação das normas, comandos e políticas aplicáveis e realização de suas determinações semânticas.....	225
2.6.3 Resolução das competências e conflitos normativos.....	234
2.6.4 Avaliação do complexo fático	238
2.6.5 Identificação do problema vigente.....	240
2.6.6 Análise da atividade mental que conduz o agente público à decisão...241	
2.6.6.1 Classificação dos problemas, dos objetivos a alcançar e do peso ou valoração das alternativas ou opções.....	242
2.6.6.2 Opção pelas formas e meios viáveis (coleta de informação e elenco de formas e meios preferentes).....	245
2.6.6.3 Determinação do momento de utilização das formas e meios escolhidos aos fatos (conversão da decisão em ação).....	249
2.6.6.4 Aplicar as formas e meios escolhidos aos fatos (conversão da decisão em ação).....	249
2.6.7 Anulação ou substituição da decisão administrativa.....	265
Conclusões.....	269
Referências.....	279
Índice remissivo.....	307

XIII Resumo Este estudo trata dos diversos limites no tocante à subjetividade ou autonomia pública presentes na tomada de decisão administrativa. Procura-se, aqui, individuar as restrições que delimitam o âmbito de atuação administrativa, com isso, visando compreender a luta contra a imunidade do poder e discutir qual o alcance, na atualidade, dos limites da atuação administrativa. E, com tal intuito, demonstra-se que os limites estão para o correto exercício das distintas margens de liberdades existentes, mas não são destinados a reduzi-los ou eliminá-los. É fato que não se pode admitir que as distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas fiquem ao bel-prazer de quem detenha o poder e represente os interesses da Administração. Os limites não são sempre os mesmos, dependem e variam de caso a caso; e, nesse sentido, apontar-se-á que os sistemas jurídicos toleram tanta autonomia, em parte, porque as limitações a ela são tão inevitáveis e abundantes como suas fontes. Depois dessa apreciação quanto aos limites, este trabalho trata dos meios pelos quais os limites impostos pelo Direito se tornam efetivos, ou seja, volta-se atenção para os diferentes controles existentes com foco no controle judicial. A tarefa do controlador consiste em verificar se o exercício da margem de liberdade observa ou não os limites. Do mesmo modo que é preciso garantir e salvaguardar a margem de livre decisão administrativa (reserva de administração), também, é necessário que existam distintas formas de controle para que se verifique a sua correta aplicação. Por isso, neste estudo, são analisadas diferentes técnicas de contenção da atuação administrativa, e, para tanto, focalizam-se as denominadas técnicas do esgotamento, que consiste na verificação dos limites de forma prudente e com profunda reflexão, por entender que as técnicas de controle até hoje desenvolvidas são indiferentes, pois importantes são os limites. Tais técnicas ajudam a aplicar os limites, mas não englobam todos os limites existentes. Tanto é assim que nenhuma técnica é incompatível com outra; é o uso combinado de distintas técnicas que esgotam, atrofiam, mínguem e reduzem as subjetividades ou autonomias públicas. Por fim se estabelecem, passo a passo, sete etapas para o controle judicial da tomada de decisão administrativa. Palavras-chave: Subjetividades

ou autonomias públicas. Discrecionalidade. Limites. Controle. Atuação administrativa. XV Abreviaturas e siglas § - Parágrafo AAVV - Vários Autores ADIn ou ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica Apud - Na obra de ARNANET - Agência Nacional de Autorregulação da Internet Art./Arts. - Artigo/Artigos c/c - Combinado com CDC - Código de Conduta CLT - Consolidação das Leis do Trabalho CMN - Conselho Nacional CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária CONFEA - Conselho Federal de Engenharia e Agronomia Coord. - Coordenador CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil CTN - Código Tributário Nacional CVM - Comissão de Valores Mobiliários dir. - Diretor DNAEE - Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica DNER - Departamento Nacional de Estradas de Rodagem ed. - Edição ELETROBRÁS - Centrais Elétricas Brasileiras S.A. Et. al. - E outros Etc. - Et cetera EU - União Europeia Ex.: - Exemplo FAO - Food and Agriculture Organization IAA - Instituto do Alcool e do Açúcar IBC - Instituto Brasileiro do Café Ibidem ou ibid - na mesma obra ICAAN - Internet Corporation for Assigned Names and Numbers XVI ICC - International Chamber of Commerce idem ou id - igualmente a anterior In - Dentro de Inc. - Inciso INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial ISO - International Organization for Standardization Mercosul - Mercado Comum do Sul n. - Número OAB - Ordem dos Advogados do Brasil OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico OIT - Organização Internacional do Trabalho ONG - Organização não governamental ONU - Organização das Nações Unidas Op. cit. - Opus citatus (obra citada) Org. - Organizador p. - Página RSE - Responsabilidade social das empresas ss. - Seguintes STF - Supremo Tribunal Federal TELEBRÁS - Telecomunicações Brasileiras S.A. TNCs - Transnational Corporations TUE - Tratado da União Europeia UDPR - Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy UNEP - United Nations Environment Programme v. - Volume Vol. - Volume XVII Prefácio da 1ª edição André Saddy en España fue uno de los discípulos de Eduardo García de Enterría, uno de los grandes Maestros del Derecho Administrativo continental en el último medio siglo. Saddy era uno de los habituales invitados al famoso “Seminario de los miércoles” en la Universidad Complutense, que dirigió don Eduardo durante más de cincuenta años, y que incorporaba a los jóvenes valores de todo el mundo. El trabajo que presenta Saddy, corresponde a una parte de su extensa y sobresaliente Tesis Doctoral que leyó ante un Tribunal Internacional en la Universidad Complutense de Madrid. Había complementado antes sus estudios en Coimbra, Lisboa y Oxford, dedicando así varios años a una formación amplia, en la que el Derecho comparado ocupa un lugar preferente. En esto acierta plenamente, ya que en un mundo cada vez más internacionalizado, multicultural inevitablemente, la visión de la jugada, parte del conocimiento de los demás, para a su vez, en un borgiano juego de espejos, mirarte a ti mismo. Vivimos en el mundo unos auges lamentables de populismos, basados en la clave de que la Democracia tiene que sustentarse en el Estado de Derecho, están siendo cuestionados. Tanto que el asambleísmo, que consiste en la voluntad instantánea e inmadura de una decisión tomada en precipitada y superficial votación, derrumba la Ley y desmorona la confianza en ella depositada. La consecuencia inmediata es que el ciudadano ve el Poder en esa decisión instantánea y leve, que todo lo arrolla, como un maremoto, inclusive la limitada contención que podría oponerle el Poder Judicial. Incluso, cuando se trata de democracias consolidadas que han basado su progreso jurídico en una institución tan clave como es la democracia representativa y el Estado de Derecho, sucumben a plebiscitos en forma de referéndums, en los que la mayoría circunstancial de un momento, liquida años, a veces siglos de historia, de instituciones, de la propia evolución, en apenas unas horas. Una clara “trampa de la democracia” ya que confiar a esa ligera decisión momentánea una decisión fundamental de la vida política, de las instituciones, en fin, de la propia evolución futura, al populismo de un instante, es

simplemente, un destroz institucional que en esa supuesta “*apellatio ad populum*”, coloca en situación XVIII irreversible a dicho pueblo, aunque quizás en un momento próximo, quizás menos de una generación, se quisiera dar marcha atrás a tales decisiones. El ejemplo británico del día de ayer, 23 de junio, saliendo de la Unión Europea, (Britain exit, o Brexit) lo demuestra incontestablemente. En apenas unas horas, una mayoría circunstancial y muy pequeña, ha liquidado 43 años de permanencia en la Unión Europea con carácter definitivo (con todas los matices que “definitivo” tiene en política). Pero, cuando uno examina las exigencias de los que querían irse de la Unión, descubre que la acusación de “burocracia” y falta de democracia en el Ejecutivo de la Unión Europea, ha sido clave, esencial, para aumentar las ganas de irse de este privilegiado círculo. Y es que en la Unión Europea, desde sus viejos orígenes en la CECA hace 65 años, ha generado una burocracia que no ha tenido más control que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y el Tribunal, a su vez, ha sido “deferente” con el Ejecutivo comunitario, que está formado por el Consejo y la Comisión. Y como el Consejo, y el Consejo Europeo hoy, tienen que reposar en una burocracia experimentada y permanente, la Comisión como órgano técnico y a la vez legislativo, crece y crece imparablemente. Por eso, aunque sea vulgar, grosero y soez, en la campaña del Brexit se han oído a los populismos triunfantes decir y exclamar ¿es que la Comisión va a dirigirme mi breakfast con sus regulaciones sobre las salchichas y los huevos de mi desayuno, la cuota de leche que tomo en el té, y el pan (por cierto, añadido yo, malísimo el pan inglés) con sus directivas sobre harinas, panificables y sémolas? Parecerá mentira, pero este tipo de estomagante apelación a los sentidos es lo que ha dado la razón al Brexit. Y la Comisión, en Bruselas, no sabe responder, porque ¡es verdad!: regulan y regulan, pero sin apenas tener en cuenta al ciudadano. Y aquí es donde entra de lleno la necesidad de contar con una Ley de Procedimiento Administrativo Comunitario, como la que hemos exigido en la doctrina (perdón por la autocita: el más completo trabajo sobre este tema es el dirigido por mí en el libro “Procedimiento administrativo europeo” José Eugenio Soriano García (dir.), Jacques Ziller (pr.) Editores: Civitas Año de publicación: 2012 País: España). Esa propuesta de una “Ley de Procedimiento Administrativo Europeo” cuenta con el apoyo del Parlamento Europeo y del Defensor del Pueblo Europeo. Pero cuenta con la enemistad impía de la Comisión Europea. ¿Por qué? Pues sencillamente, porque se la somete a reglas. A reglas de verdad como son las de un buen procedimiento administrativo, que combate la conversión de la XIX discrecionalidad en arbitrariedad, que es lo que hoy sucede y que ha supuesto, entre otros argumentos, para que el Reino Unido cargue su munición disparando acertadamente contra las Instituciones de la Unión Europea y, al final, yéndose, con el cataclismo que ha organizado. No diré que un tema tan elemental como contar con un Procedimiento Administrativo Europeo - por cierto no querido tampoco en el propio Reino Unido que confía más en su “juego limpio” que en reglas escritas- habría solucionado los problemas de la permanencia en la Unión Europea. Pero sí diré que si la Comisión y su galaxia administrativa estuviera sujeta a reglas comunes, se habrían dado pasos adelante muy importantes para lograr disminuir la intensidad del ataque. La Unión Europea necesita reinventarse. Y desde luego, ha de contar con reglas que sujeten a la Comisión a Derecho. Y eso exige, desde luego, un procedimiento administrativo. Y dentro del procedimiento administrativo, que recomiendo también a Brasil que tenga una ley completa al modo español, italiano, alemán, ocupa un puesto preferente la lucha contra la discrecionalidad administrativa. Ahí, brilla con luz propia el conjunto de trabajos del Dr. Saddy. Y controlar tanto esa discrecionalidad clásica como la apreciativade que aporta con criterio propio y muy solvente el Profesor Andre Saddy (el ejemplo del donut o rosquilla de harina o cemento, es muy ilustrativo). Sabemos desde antiguo que la discrecionalidad es “el caballo de Troya” en el Estado de Derecho. Es esa enigmática confluencia entre una voluntad subjetiva del agente o

funcionario que actúa y lo que la ley, siquiera genéricamente, ha previsto. Ciertamente ni la ley lo puede prever todo ni sería deseable que lo hiciera, ya que tendría que mudar continuamente puesto que las circunstancias también lo hacen. La Administración surge como consecuencia elemental del principio de división del trabajo: el Parlamento no puede llegar a todos los lados con su puñado de parlamentarios, ni tiene conocimientos técnicos. Añádase la continuidad necesaria de los servicios públicos, frente a un Parlamento con fecha de caducidad continuada (cada elección), y finalmente, repárese en la necesidad de atender a los bienes públicos en sentido económico, donde por definición no hay competencia. Y veremos que el resultado necesario es siempre que tiene que existir un centro de gravedad permanente, técnico, ubicuo, que ofrezca a la sociedad esa continuidad en todos los servicios públicos que atiendan a bienes públicos. Para conseguirlo, resulta clave que, como decía Hauriou, “la Administración actúe, pero que responda”. Y para exigir responsabilidad, resulta capital que XX pueda controlarse su actuación, desde todos los puntos de vista, (sociológico, político, mediático), y al final, desde luego, judicial. Y en esa técnica de control, hay que conocer qué es lo que puede y lo que no puede ni debe hacer la Administración. Hay que saber la extensión, contenido y límites de su poder. En definitiva su discrecionalidad. La reducción de discrecionalidad equivale a seguridad jurídica, ésta es una ecuación jurídica permanente. Pero, infinitamente o infinitesimalmente, según los distintos Estados (los de Derecho serían estos últimos) el poder, como en la aporía de Aquiles y la Tortuga, siempre tiende a escaparse. De ahí que las nuevas técnicas como la transparencia (debidamente combinada con la protección de datos y con la necesaria confidencialidad) sea esencial. En el tema de la transparencia, los países latinos, como Brasil o España (o Italia, Portugal, etc.) estamos a años luz de los países nórdicos de Europa (Finlandia, Suecia, Dinamarca, Noruega), lo que indica que se puede andar mucho camino. Y ésta es una técnica que puede ayudar, o por lo menos auxiliar, en el control de la discrecionalidad y de la apreciatividad. Igualmente los medios electrónicos, si bien éstos son cara y cruz de la moneda, porque pueden ayudar a fijar con memoria infinita los datos pero al mismo tiempo los programas que realiza la Administración son demasiado rígidos y colocan al administrado en una situación imposible muchas veces, al no poder elegir sino entre continuar aplicando las indicaciones del programa informático tal como lo desea la Administración, o renunciar al procedimiento. Es un tema sobre el que el profesor Saddy podría meditar en sus próximos trabajos. Y finalmente el control judicial. Realmente no se ha llegado nunca a un control pleno, en parte porque los jueces contenciosos suelen aceptar los criterios de la Administración con demasiada facilidad, dándole una preferencia y una deferencia que coloca al administrado en una situación de plano inclinado y no en un plano horizontal. Aquí la probidad del funcionario, sus deberes de imparcialidad, objetividad e imparcialidad, base de su independencia – que consiste en no temer ni deber nada al Poder Político – es esencial. Pero si el funcionario no es pródigo, o incluso si es corrupto, - problema grave en el mundo de nuestros días – o si resulta al final sometido al poder político por culpa de leyes que no prevén criterios serios de selección y de estabilidad, evidentemente el resultado será no solamente arbitrario sino perverso para el interés público. Y aquí es donde el Juez debería poder contar con todos los poderes, incluidos los de investigación, para adoptar las medidas necesarias para evitar tal resultado XXI nocivo al interés general. Es esencial que cuente también con medidas cautelares, que provisionalmente suspendan las decisiones que no cuenten con un sólido fundamento legal y sin exigir fianzas o cautelas desproporcionadas. Y es capital que pueda hacer un juicio rápido con medida cautelar incluida, para abordar los temas. Y que pueda ejecutar tanto la medida cautelar como la sentencia de fondo, hasta el final, con todos los poderes necesarios para llevar a buen término lo ordenado en su Sentencia. También las leyes pueden ayudar a controlar la

discrecionalidad y la apreciatividade administrativa. Pondré un ejemplo en materia de contratación, uno de los ámbitos más corrompidos en todo el mundo occidental. Supongamos que para lograr un contrato público se licita a la baja con una oferta temeraria. Pues bien, si luego se pretenden hacer “modificados”, “revisiones”, indicando que se han “descubierto problemas inimaginables en el momento de la contratación”, si existiera un tribunal técnico independiente formado por Ingenieros, Arquitectos, Economistas y Juristas, que examinaran si tal “modificado” es razonable dadas las condiciones técnicas (y no otras), se obtendrían muy buenos resultados. Porque si resulta que no es razonable tal modificado, la empresa adjudicataria a la baja tendría que continuar con el contrato tal como lo firmó tras licitarlo. Y si no puede hacerlo, deben quedar excluidos de contratar con las Administraciones por un tiempo amplio (cinco años, diez años, depende de la gravedad) esas empresas y sobre todo los dueños de las empresas como personas físicas, los miembros del consejo de dirección, los gerentes y directores, y el asesor que presentó el contrato a concurso. Este es un ejemplo, entre otros mil, de cómo se puede combatir desde la propia Ley la apreciatividade y la discrecionalidad. El lector aprenderá mucho del libro del profesor Saddy. Con maestría, buena pluma, excelentes conocimientos nos ofrece una obra de primera para lograr que el Estado de Derecho triunfe, en Brasil y en general en los países que puedan aprender de sus enseñanzas, por lo que hay que recomendar que este libro se difunda ampliamente. Un libro excelente de un autor excelente. Ojalá pronto tengamos más obras de esta calidad, y que el profesor Saddy continúe en la línea de afrontar retos y desafíos que mejoren la calidad de las Instituciones y con ellas del Estado de Derecho. En Brasil y también en Europa, donde su obra merecerá ser conocida y comentada.

Jose Eugenio Soriano Garcia Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid

1 Introdução O objetivo fundamental do presente trabalho é estabelecer limites, traçar técnicas de contenção e definir padrões ou regras jurídicas que informem as diferentes formas de manifestação da vontade administrativa. Afinal, assim como o Estado impõe limites à liberdade individual, verifica-se, ao longo dos séculos, a necessidade de estabelecer limites ao poder concedido ao Estado devido à tendência, já desde sua origem, de impor-se como poder absoluto – como poder que não reconhece limites, que não reconhece nada superior. Ao longo da história, surgiram, permanentemente, movimentos de luta contra o abuso do poder estatal em busca de mecanismos e formas de limitá-lo. Daí a pretensão de estudar não somente os limites das distintas formas de subjetividade ou autonomias públicas e administrativas (liberdade conformadora, discricionariedade, apreciatividade ou margem de livre apreciação)¹, mas, também, suas técnicas de contenção. E, a partir disso, demonstrar que a subjetividade ou autonomia inerente de toda ação humana pode se configurar um “caso difícil”² toda vez que proporciona uma gama ilimitada de soluções corretas, assim, ocasionando a existência de dois ou mais princípios em colisão. Assim, no contexto das transformações do direito administrativo, este trabalho analisa a atrofia, a míngua ou a redução da subjetividade ou autonomia pública administrativa. Ou seja, trata basicamente de como as distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas, especialmente a discricionariedade e a apreciatividade, existentes de modo abstrato, reduzem-se perante o caso

1 SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

2 AHARON BARAK (BARAK, Aharon. Judicial Discretion. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 36-39) entende que são casos fáceis aqueles em que os significados das formulações normativas são claros e sua determinação é simples. A resposta não requer estudo ou exame detalhado. Obtém-se a conclusão por meio de um processo inconsciente de interpretação. Os casos intermédios caracterizam-se por ter uma resposta correta e cuja identificação requer um processo elaborado e consciente de interpretação. Isso se deve ao fato de existirem várias alternativas aparentemente

adequadas, mas uma análise detalhada indica que apenas uma das possíveis interpretações é a correta. Por último, os casos difíceis são aqueles em que existem vários cursos de ações juridicamente corretos ou não existe nenhum. Nessas situações, um processo elaborado de interpretação jurídica não permite alcançar uma resposta correta, o juiz deve decidir de forma discricional.

2 André Saddy concreto, a várias alternativas ou opções igualmente válidas ou a uma única hipótese juridicamente possível. A subjetividade ou autonomia do Poder Executivo sempre causou problemas para o Estado em si e, por conseguinte, para o direito público, pois é um dos principais meios de se fazer um exercício unilateral e arbitrário do poder. Por esse motivo, tentar-se-á responder a uma série de perguntas, tais como: Qual é a efetiva zona de liberdade de atuação que possui o agente público? É possível ou não reconhecer, no exercício dos poderes administrativos, uma zona de liberdade de conduta? Em caso afirmativo, quais são os limites impostos ao exercício dessa liberdade? Que princípios informam essas opções da conduta administrativa? Que técnicas jurídicas devem ser utilizadas para a verificação do adequado cumprimento das normas jurídicas no exercício da função administrativa? Em relação ao controle, que atos da Administração podem ser controlados e revisados pelo Poder Judiciário? Pode o controle dessas condutas acrescentar novos elementos, não disponíveis ao agente, no momento das opções da ação a adotar? Entre muitas outras. Optou-se, para a realização deste estudo, por uma metodologia que englobasse fórmulas descritivas e dedutivas com métodos auxiliares relacionados à ideia de *ab auctoritate*, histórica, comparativa, documentais e jurisprudenciais. Significa que se partiu de argumentos gerais para outros mais particulares, ou seja, de argumentos considerados verdadeiros e inquestionáveis para chegar a conclusões mais formais e lógicas de acordo com as premissas estabelecidas. Ademais, recorreu-se a conceitos de publicistas renomados – alguns e não todos – para extrair-lhes um corte nuclear comum e, por vezes, foram comparadas as atuais características dos institutos com aquelas dos institutos que eles possuíam a seu tempo, em suas origens históricas, assim, podendo entender a evolução ocorrida. Pois, compreendendo o passado, poder-se-á conhecer o presente e prever o futuro, visto que a história está regida por ciclos. Também foram confrontados elementos diferentes, levando em conta suas distinções e similitudes, para estabelecer relações entre eles. Do mesmo modo se analisaram documentos e uma série de jurisprudências similares para extraírem-se padrões ou regras jurídicas que informassem a ação cotidiana aplicável a todos os agentes públicos. Tudo isso com a intenção de assentar do modo mais confiável possível as conclusões a que se chegou. Com tais objetivos, respeitaram-se requisitos para seguir um método apropriado à estruturação do tema. Para tanto, no primeiro capítulo, trata-se dos 3 Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública: limites e da atrofia, minguagem ou redução da atuação administrativa. Demonstra-se que não se pode admitir que qualquer forma de subjetividade ou autonomia pública, especialmente a discricionariedade e a apreciatividade, fique nas mãos de quem retém o poder e representa os interesses da Administração, posto que, caso seja utilizada de forma exorbitante, incorrer-se-á em arbitrariedade³. Como se exige com relação a qualquer função pública, o exercício da liberdade de conformação, da discricionariedade, da apreciatividade ou da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados deve ser empregado de forma comedida, equilibrada e razoável; deve, portanto, haver limites quanto à atuação ou omissão do agente público, de forma que se adote para a conduta um contorno legal, legítimo e moral. Os limites são restrições que demarcam o âmbito das distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas. Ainda, nessa seção, observam-se diferentes tipos de comentários sobre os limites. Utilizou-se boa parte desse capítulo para desenvolver as ideias de inúmeros autores. De toda forma, o desafio foi de abordar as já

sedimentadas lições sobre limites, encarando parte da doutrina aceita sobre o assunto e tendo em conta seu argumento *ab auctoritate*, compilando suas ideias e retirando um denominador comum, em sentido amplo. Ou seja, as posições similares de vários autores são individuadas, mas também foram compiladas as diversas teses defendidas na doutrina sobre os limites existentes para destacar as conclusões alcançadas em relação às distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas. Enfim, demonstra-se que não se pode admitir que o zelo por não invadir a margem de liberdade da Administração permita a proliferação de atos arbitrários, imorais, injustos, contrários aos interesses públicos e violadores das regras de boa administração, resultado e eficiência. Não se pode ser condescendente, ou seja, não se pode abdicar de valores éticos ou de critérios de mérito ao de ceder algo. Há de se esforçar por estruturar as distintas margens de liberdade, reduzindo-as a níveis mais aceitáveis para que a Administração atue de forma mais democrática, constitucional e legalmente responsável. Na continuidade, o segundo capítulo trata das técnicas de contenção e dos mecanismos existentes para o controle, principalmente judicial, da liberdade de conformação, da discricionariedade, da apreciatividade e da margem de livre 3 Não confundir arbítrio com arbitrariedade, o exercício de certo arbítrio é necessário e lícito. É seu uso indevido que caracteriza a arbitrariedade. 4 André Saddy apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, focalizando, novamente, a discricionariedade e a apreciatividade. Para que todos os limites impostos ao agente público sejam efetivos, tornem-se uma realidade concreta e não restem algo abstrato, é necessário que o ordenamento jurídico estabeleça mecanismos suscetíveis de controle das atividades da Administração pública. O controle não está montado para substituir ao titular da decisão e tem, basicamente, dois objetivos exclusivos: um, controlar se em dita decisão respeitou o princípio da submissão da Administração à lei e ao Direito; e dois, garantir uma tutela judicial efetiva dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. Assim, delineados muitos de seus limites, foram estudadas as técnicas de controle dessas margens de liberdade. Afinal de contas, já não se debate se deve ou não haver um controle, isso é certo; o que se debate é até onde, ou seja, qual é o alcance, que tipo de controle e com que intensidade deve este existir. Logo, além da enumeração dos diferentes tipos de técnicas de controle e uma indicação sumária de suas características mais comuns, intenta-se esclarecer como a utilização de tais técnicas são aplicáveis especificamente à discricionariedade e à apreciatividade. Ou seja, descreve-se o que realmente fazem os juízes tal como se pode observar de fora. Significa que se examinou o método judicial, o caminho para a correta tomada de decisão. No entanto, prescindiu-se do exame de todos os trâmites formais, estes estão muito bem estudados pelos processualistas. Por isso, limitou, neste estudo, a visualizar o juiz como decisor, ou melhor, como controlador de uma conduta administrativa prévia levada a seu juízo para confirmação, anulação ou substituição. Observada a estrutura do trabalho, é necessário tratar de outros pontos importantes e que também devem ser mencionados nesta introdução, como a forma de utilização das notas de rodapé e aspectos relacionados à terminologia empregada. Com a intenção de particularizar os aspectos relacionados à apreciatividade, aportam-se, em notas de rodapé, estudos relativos à margem de liberdade na atuação policial. Sua finalidade é proporcionar um conhecimento que traga respostas práticas ao leitor. Em benefício da clareza, deu-se prioridade a que o texto trate dos pontos principais que compreendem a matéria, reservando para as notas de rodapé as referências complementares, tidas como importantes para o desenvolvimento do trabalho. Dessa maneira, desejou-se facilitar ao leitor mais interessado, sempre que a citação o permita, a rápida localização das fontes. O objetivo 5 Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública foi agrupar o que se está analisando e defendendo, demonstrando que não se conhece uma única posição doutrinal, mas também para indicar opiniões opostas ao que se defende no presente

trabalho. Também é certo que muitos conceitos, indiretamente relacionados ao tema, devem ser previamente conhecidos pelo leitor, no entanto são indicadas referências, nas notas de rodapé, a estudos que o definam, uma vez que não é o presente trabalho a sede própria para tratar deles. Por sua vez, outros conceitos, também indiretamente relacionados, terão de ser recordados, pois são extremamente necessários para a compreensão do tema aqui tratado. Quanto à terminologia empregada neste estudo, deve-se desde já esclarecer cinco termos: limite, contenção, atrofia, minguagem e redução. O termo limite deve ser entendido como o extremo ao que se pode chegar, como o ponto que não se pode ultrapassar. Contenção tem o significado de sujeição, detenção, controle das diferentes formas de subjetividades ou autonomias administrativas nos limites previamente fixados, como se poderá analisar ao longo do trabalho. Por sua vez, atrofia significa a diminuição no número de alternativas ou opções oferecidas pela norma. Minguagem deve ser compreendida como abatimento no tamanho ou número, ou em ambas as coisas, de uma ou várias opções conferidas que não se podem desenvolver. E, por fim, redução significa tornar menor, estreita, as proporções da liberdade quanto ao atuar administrativo. Outro ponto relacionado à terminologia tem relação com a ideia de alternativa ou opção. Ambos os termos são usualmente utilizados como sinônimos no sentido de eleger entre duas ou mais coisas. Todavia, no presente trabalho, utilizar-se-á o termo opção para referir-se a um único caminho ou à eleição entre dois ou mais caminhos; já alternativa, para referir-se a um de dois caminhos. A distinção entre eleição e decisão será desenvolvida ao longo do trabalho, mas cabe aqui também mencioná-la. Por fim, quanto a terminologia, preferiu-se utilizar o termo controle judicial ao invés do termo controle deferente ou apenas deferência, de origem anglo-saxônica, que define uma postura judicial particularmente respeitadora das opções administrativas, por entender que o termo já está consagrado na língua portuguesa. Termina-se esta breve introdução enfatizando que este trabalho analisa um conjunto complexo de problemas, tentando dar uma visão didática e profunda sobre o tema. Contudo deseja-se advertir que, em nenhum momento, tem-se a pretensão de apresentar uma exposição completa e exaustiva. Há de esclarecer, também, que o trabalho não é uma proposta político-ideológica para reduzir o 6 André Saddy campo de atuação do Poder Público ou mesmo para fundamentar a concessão de mais poderes. Busca-se, tão somente, a verdade científica, tentando de maneira modesta agregar um valor adicional à literatura jurídica existente, sem se limitar a uma mera compilação acrítica de textos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

7 Capítulo I Limites e redução das subjetividades ou autonomias públicas

1.1 Limites quanto às distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas

Não se pode admitir que as distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas fiquem à mercê de quem detenha o poder e represente os interesses da Administração, posto que, se utilizadas de forma exacerbada, incorrer-se-á em arbitrariedade. Como se exige com relação a quaisquer funções públicas, o exercício da liberdade de conformação, da discricionariedade, da apreciatividade e da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados deve ser executado com comedimento, equilíbrio e razoabilidade; deve, portanto, haver limites relativamente à atuação ou omissão dos agentes públicos, de forma que se dê para a conduta um contorno legal, legítimo e moral. Os limites são restrições que moldam o âmbito das distintas subjetividades ou autonomias públicas. Já passou a época em que se questionava se a dita “discricionariedade” era um poder limitado ou não. Observou-se, em outra obra⁴, que, no meio do século XIX, quem detinha a discricionariedade poderia fazer não somente o que a lei expressamente autorizava, mas tudo aquilo que a lei não proibisse ou não previsse. Contudo, quando estivesse autorizado pela lei, deveria exercer a discricionariedade nos limites que se havia fixado. Ademais, com o surgimento da diferença entre atos discricionais e vinculados, conseguiu-se pela primeira vez reduzir a discriciona

riedade. Inclusive, foi exatamente a ideia de limites à discricionariedade que fez surgir, em meados de 1850, a noção de “détournement de pouvoir”. 4 SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, especificamente no capítulo I. 8 André Saddy Por esse e outros motivos, EMANUELE RAPISARDI⁵, ao final do século XIX, dizia: “Il potere discrezionale è un potere di grandissima importanza. Dal di verso modo di grande utilità, o essere causa di gravissimi inconvenienti. [...] La stessa natura di questo potere, se limitato cioè o illimitato, non è stata definitivamente riconosciuta da tutti”. Percebe-se que, para o autor, ainda não estava definido se a discricionariedade era ou não limitada. CIRILO MARTÍN-RETORTILLO⁶, no início do século XX, falava de uma crescente e perseverante aspiração de reduzir a onipotência da Administração em limites jurídicos, de concretizar a esfera da ação livre e incontrovertível que se reconhecia, robustecendo assim as garantias cidadãos proclamadas nas Constituições. In verbis⁷: en el Estado de Derecho, la Administración, en todos sus actos, aún en los más típicamente discrecionales, tiene que supeditarse a un imperativo categórico, al espíritu jurídico contenido en la constitución, y reflejado en otras leyes de obligada observancia [...] una Administración obligada aun su potestad discrecional, a cumplir un mínimo de condiciones que son la garantía del particular, es decir, una Administración que tenga presente en todo momento que actúa por y para el interés público. Entende-se que a discricionariedade efetiva não está sujeita a qualquer tipo de limites, tão somente a discricionariedade potencial é limitada. Tudo o que a doutrina denomina limite está situado em uma fase prévia ao momento em que tem lugar o exercício da discricionariedade efetiva. Daí que se esclarece que, quando se fala de limites, trata-se dos limites da discricionariedade potencial, isso pelo simples fato de que o agente público dispõe de uma margem de atuação e eleição que lhe confere poderes de atuar nos limites dos interesses públicos decidindo, apenas e tão somente, o que o Estado preceitua como atenção à boa administração, à eficiência e ao resultado. Não são poucos os autores na atualidade que se referem aos limites à discricionariedade. A ideia mais difundida modernamente é a de RONALD A. RAPISARDI, Emanuele. *Il Potere discrezionale: secondo il Codice di procedura penale italiano, e secondo la giurisprudenza delle Corti di cassazione del Regno d'Italia*. Firenze: Fratelli Bocca, 1886, p. 5. 6 MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo. *Notas sobre la potestad discrecional de la administración*. Huesca: V. Campo y Cía., 1929, p. 1. 7 Ibidem, p. 5 e 6. 9 Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública DWORKIN⁸ e sua metáfora de que a discricionariedade é como o buraco da rosquinha, uma área de liberdade dentro de um marco de restrições, um espaço livre que as normas ou ordens ditadas por autoridades hierarquicamente superiores deixam para que seu aplicador decida sobre algum aspecto. Isso faz pensar que a margem de eleição concedida aos administradores está rodeada de restrições. Fora do buraco da rosquinha não se tem discricionariedade, pois predefina algo a respeito do que pode ou deve fazer um agente, em relação a um sistema de regras e em função de sua posição institucional nesse sistema. Afirma o autor que o “doughnut itself constitutes the surrounding standards and constraints”. Outros autores também tratam sobre os limites à discricionariedade, para citar alguns: SALVATORE PIRAINO⁹ refere que “in effetti essa è una forma di arbitrio che si manifesta e si svolge entro limiti, che sono intrinseci alla funzione e che sono altresì segnati dalle norme che di questa disciplinano la particolare fisionomia” e aduz:10 quando si definisce la discrezionalità come indicativa di un potere di valutazione vincolato al fine, si fa riferimento ad una facoltatività intesa pur sempre come potenza, da cui nascono, nei loro diversi tipi, i suoi singoli atti: essa appare condizionata, nel suo svolgersi, dalla obbligatorietà del raggiungimento dei fini, attraverso un’azione che si adegua alle circostanze e le valuta in relazione allo scopo specifico, che si ricava dalla norma mediante un processo di interpretazione della stessa che guidi gli apprezzamenti di valore, le composizioni di

interessi, commessi al soggetto della volizione. Já GAETANO AZZARITI¹¹ coloca que: “la potestà discrezionale viene assunta come la libertà massima consentita alle funzioni pubbliche. Una libertà che non si ritiene possa sfociare nell’arbitrio dovendo pur sempre rispettare dei limiti, il principile dei quali (ed a volte il solo previsto) è costituito appunto dal pubblico interesse”.⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 84 e 85. 9 PIRAINO, Salvatore. *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 32. 10 Op. Cit., p. 36. 11 AZZARITI, Gaetano. *Della discrezionalità al potere*. Padova: Cedam, 1989, p. 245 e 246. 10 André Saddy No mesmo sentido, COSTANTINO MORTATI¹² define a atividade discricional como aquela condicionada a limites positivos, que tenha a função de dirigir as operações necessárias do exercício da discricionariedade de uma maneira que não comprometa o sucesso da finalidade com a qual esteja atada. Para não se estender muito, cita-se MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN¹³, que explica que o exercício da discricionariedade: está, ciertamente, sometido a unos límites jurídicos generales, aparte los específicos que deriven de la norma que regula cada tipo de actuación discrecional, pues no puede dar lugar a arbitrariedad, abusos o injusticias. Y está también sometido a unas reglas de organización y procedimiento, que van adquiriendo mayor importancia paulatinamente. Sin embargo, esas limitaciones encuadran el correcto ejercicio de la discrecionalidad, no están destinadas a reducirla o eliminarla. De ahí que el control judicial (es decir, jurídico) de la discrecionalidad administrativa tenga también sus límites, pues los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o, de cualquier forma, no jurídicos de la decisión sin exceder la esfera de las funciones que tienen atribuidas. Esse último autor refere que há limites de caráter subjetivo que aludem aos elementos vinculados de toda decisão discricional (fatos em que se baseia e o fim de interesse público) e ao necessário respeito dos princípios jurídicos. Outros de caráter de competência, organizacional e procedimental. Diferencia o autor a verificação, a valoração ou ponderação e constatação dos fatos. A verificação (ascertainment) da existência de um fato pode ser totalmente controlada no Direito e, portanto, suscetível de pleno controle jurídico. No entanto alerta para que não se confunda a verificação da existência e veracidade de uns fatos com a valorização ou ponderação destes (apprezzamento), uma vez que nestes existiram distintas possibilidades optativas, ou de valorização, ponderação. Logo, não cabe afirmar que são elementos vinculados. Já a constatação da existência dos fatos também é vinculada. O autor assevera que a valoração, ainda não sendo vinculada, tem limites, já que não pode levar a consequências absurdas, manifestamente injustas ou claramente desproporcionadas ou irrazoáveis. 12 MORTATI, Costantino. *Discrezionalità*. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1958-1961, Tomo V, p. 1102. 13 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 92. 11 Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública são possíveis sem pôr em causa os princípios jurídicos. Não pode esse controle basear-se em hipóteses, conjecturas, estimativas ou aparências. Deve ser rigoroso e prudente. Com relação ao caráter de competência, organizacional e procedimental, as garantias organizacionais não incluem somente o respeito formal das regras de competência, composição e funcionamento interno dos órgãos que adotam as decisões discricionais ou que intervenham necessariamente no processo que a elas conduzem. Algo parecido pode dizer-se das garantias procedimentais. A renovada importância que se lhes outorga em todas as partes deriva do mesmo enfoque: o controle jurídico não pode chegar a substituir a decisão discricional quanto ao mérito, mas cabe assegurar que essa decisão se tenha formado corretamente, levando em conta todos os interesses afetados e os fatores relevantes e ponderando-os razoavelmente. Caso o procedimento tenha sido cumprido satisfatoriamente, o Poder Judiciário não poderá controlar¹⁴. Na mesma linha de ideia, JOSÉ MANUEL SÉRVULO

CORREIA¹⁵ infere que: “ao passo que a autonomia privada só conhece limites negativos, a autonomia pública conhece, a par daqueles, limites positivos de competência, de finalidade, de imparcialidade e de proporcionalidade”. Sustenta que existe um limite de competência, do qual resulta o caráter, necessariamente, parcial da liberdade de esta belecer pressupostos e preceptivos de efeitos de direito no exercício da discricionariedade. Esse exercício e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados têm sempre de estar orientados pelo objetivo de realização do fim previsto pela norma, que confere a autonomia na situação específica. No âmbito de sua margem de autonomia, a Administração está ainda adscrita às diretrizes normativas de imparcialidade e proporcionalidade, contenciosamente sindicáveis, que não tenham a idade virtual de apontar imperativamente uma solução devida, causando sua inobservância à invalidade da decisão proferida no caso concreto. E termina afirmando: “A autonomia pública não é apenas negativamente delimitada, mas é também positivamente heterodeterminada quanto ao fim e quanto a aspectos metodológicos fundamentais”. ¹⁴ Na apreciatividade, por exemplo, um policial não poderá abordar um transeunte de maneira distinta de sua linha de atuação, de seu procedimento de conduta. ¹⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 491 e 500, respectivamente. ¹² André Saddy Percebe-se, assim, que a ideia de margem está ligada à ideia de espaço, que, por sua natureza, é limitado. Por isso, ERNST FORSTHOFF¹⁶ enuncia que a noção de discricionariedade é indissociável de seus limites. Afinal, de nada serviria uma teoria de discricionariedade sem incluir nela seus limites e o controle judicial de seu exercício. É um conceito sempre unido à existência de um sistema de regras. Do exposto, acredita-se que DENIS J. GALLIGAN¹⁷ seja o autor que mais próximo chegou do que parece ser a fundação principal, a pedra angular da construção do que sejam os limites básicos da teoria dos limites à discricionariedade. O autor sustenta que o exercício da discricionariedade de todo o agente público deve respeitar alguns padrões, entre eles, a racionalidade, finalidade e moralidade (rationality, purposiveness, and morality). Confessa que tais conceitos não são muitos precisos e tenta defini-los¹⁸. Assim, sustenta que qualquer exercício de poder deve estar baseado em razões, e que tais razões devem ser aplicadas de forma coerente, justa e imparcial, bem como relacionadas com a igualdade, os fins, as políticas, os princípios e as regras (em geral, padrões) e que, em qualquer matéria, deve haver um mínimo de moralidade. Para o autor, sob tais fundamentos, podem ser criados mais detalhados e específicos limites, ou seja, esses três institutos podem desmembrar-se em outros mais específicos. O mesmo se pode afirmar quanto às demais formas de subjetividades ou autonomias públicas (liberdade de conformação, apreciatividade e margem de livre apreciação). Parece que o autor sustenta o que já se defendeu em outra obra¹⁹, ¹⁶ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 123. ¹⁷ GALLIGAN, Denis J. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 5 e 6. ¹⁸ Segundo o autor (ibidem, p. 5): “Rationality requires that decisions be made for reasons which are rational in terms of our understanding of the world. But of course rationality is an extremely complex notion; decisions can be more or less rational from different points of view, and indeed what constitutes a rational decision may itself depend upon the objects to be achieved and the means available [...]. Purposiveness is also a complex notion [...] the point for the moment, however, is that powers are conferred in order to serve and achieve certain ends and goals, and no matter how difficult they may be to discern, or no matter how vaguely they may be stated, officials must seek them out and direct their actions towards them in ways which are rational and reasonable. General considerations o

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública 2Ed. professor_upload, 2026. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/limites-a-tomada-de-decisao-e-controle-judicial-da-administracao-publica-2ed>. Acesso em: 26 set. 2026.

APA 7ª edição

Saddy, A. (2026). Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública 2Ed. *professor_upload*. <https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/limites-a-tomada-de-decisao-e-controle-judicial-da-administracao-publica-2ed>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

SADDY, André. 2026. "Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública 2Ed." *professor_upload*. <https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/limites-a-tomada-de-decisao-e-controle-judicial-da-administracao-publica-2ed>

BibTeX

```
@article{andr-saddy-limites-tomada-de-decis-o-e-controle-jud-2026,  
author = {Saddy, André},  
title = {Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública 2Ed},  
journal = {professor_upload},  
year = {2026},  
url = {https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/limites-a-tomada-de-decisao-e-controle-judicial-da-administracao-publica-2ed}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/andre-saddy/limites-a-tomada-de-decisao-e-controle-judicial-da-administracao-publica-2ed>
PDF gerado em 2026-09-26 17:58 UTC